

与生者の責任の法理-2完-

著者	仁平 先磨
著者別名	M. Nidaira
雑誌名	東洋法学
巻	16
号	2
ページ	13-44
発行年	1973-06
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006096/

与生者の責任の法理（二・完）

仁 平 先 磨

与生者の責任の法理（二）……以下前号

一 はしがき

二 与生者の責任の性質

三 与生者の責任の根拠

与生者の責任の法理（二・完）……以下本号

四 与生者の責任の要件

五 与生者の責任の内容

六 与生者の責任の免除

七 結語

四 与生者の責任の要件

与生者の責任を認めるには一定の要件が必要であるが、これはその責任が条件附である事を意味するのではなく、

与生者の責任の法理（二・完）

一定の要件の存在により当然且つ無条件に責任負担がなされるべきである事を意味する。

与生者の責任の要件には次のものが考えられる。

一 子の懐胎

与生者の責任は子の懐胎によって発生する。⁽¹⁾それは母のみでなく、父についても同様である。この事は父母が婚姻中であり、従って子が嫡出子である場合にはよいが、そうでない場合には特に重要である。即ち、非嫡出子については父の責任が問われるのは、わが民法上では子の出生時以後と解されるからである。つまり、父母が婚姻中である場合は子の懐胎に伴って当然に父としての責任負担が行われるのに対して（これは第七五二条の同居・協力・扶助義務及び第七六〇条の婚姻費用分担義務によってなされる）、婚姻中でない父は子の出生以前の胎児中においては責任負担を行わない。更に、子の出生後であっても、認知をしない父はやはり責任を負担しない。これは与生者の責任の懈怠とも言える。⁽²⁾中川博士は『親子法』は親が子を養育することの規範である。従ってその本来の存続期間は子の懐胎より初まり、出生を経て、子が成熟するまで、換言すれば、子が親の養育を必要とする間だけに限らるべきである。⁽³⁾（傍点＝筆者）と言われる。子の懐胎中においては、母は必然的に責任を負うが、母のみでなく父も与生者としての責任を負うのであり、それは結局父が妻たる母に対して胎児のために責任を負う事を意味する。子が出生する迄は胎児は母体と一体となり、胎児に対する責任負担はその母に対する責任負担とならざるを得ないからである。胎児と母親とが一体となっているからといって、逆に胎児に対する責任を免れる事は許されないと考える。「父の確定が婚姻外子を安定させるだけでなく、さらにはその母を救うことになるのである」⁽⁴⁾という事は、出生子についてのみ言える

ものではなく、懐胎された胎児についても全く同様であると言わねばならない。与生者たる父が懐胎によって負う責任について明文を設けている国が多い事は後述の如くである。

二 親子（父子）関係の存在或はその強き可能性

与生者の責任はその意思に拘らず、親子関係の存在の事実によって認めるべきである。だが、真実の父子関係の存在の証明乃至立証が血液型その他の親子鑑別方法によって相当程度に行われるに至ったとは言え、その不存在のそれと異なりなお著しく困難であり、時には不可能であるので、与生者の責任を必ず真実の父子関係に基礎をおくとする以上、この責任追求がこの点で障害を受ける場合もあり得よう。かくして、真実性の要求はある程度の妥協をせざるを得なくなり、与生者の責任の追求の不可能性に対する危惧を払拭する必要がある。それ故に、父子関係の証明は、現在の科学の水準と訴訟手続の制約のもとにおいて期待し得る限りでもって、裁判所として満足出来る程度の立証が果されれば足りると解さざるを得ないのである。⁽⁶⁾ もっとも、真実の父子関係の存在の立証が出来ないのは多数者性交の場合であろう。多数者性交でない場合には、父子関係存在の事実は争い得ない訳であるから問題はないといつてよい。多数者性交の場合には真実性の可能性の論理によって不本意ながらも与生者の責任追求をなさざるを得ない。⁽⁷⁾ これは真実主義からすれば大いに疑問とされようが、しかし、与生者たる可能性を持つ者は与生者と認定され得る危険を負っているのである（だが所謂危殆責任ではない）、嫡出子の父子関係については真実性の追求を制限している事からみても、これは必ずしも酷であるとは言えない。勿論、この可能性は単なる可能性では足りず、疑い得ない相当程度の強き可能性でなければならぬ。可能性の程度をより高める事によって、出来る限り真実性に接近する必要

があるからである。この父たる可能性に代えて、最も子の利益となる者に責任を負わすべきかの問題もないではないであろうが⁽⁸⁾（一九二七年ソビエト・白ロシア婚姻法第四六条はこれを認める）、これは与生者の責任追求の限度を越える事にもなるので妥当ではないであろう。あく迄も父らしき者への追求でなければならぬ。疑わしき場合の処置如何については、例えば刑法における科刑でも証拠法との関連において大いに問題となるが、刑法に限らず民事上においても、原則としてすべての場合に不問にするのが法上の建前であると言える。与生者の責任追求においても、与生者として疑わしい場合には最早や与生者としての可能性は弱いものとなり、従って、責任負担を強制する事は正当ではないのである。

多数者性交の場合の連帯責任は既述の如く真実の与生者の探索を敢てする事はなく、性交者全員を与生者たる可能性ある者として共同責任を認めるものとみる事も出来るから、かかる連帯責任は与生者たる強き可能性を有する者がなく且つ性交者全員が何れも同程度の可能性を有する場合には、極めて優れた方法である（子の扶養者を確保するという見地からすれば、デンマークやノールウェーの私生子法のとる連帯主義は、スエーデンやフィンランドの私生子法のとる折一主義にもまさると言える⁽⁹⁾）。だが、それは与生者としてのすべての責任を負担するのではなく、例えば子の扶養に限定せざるを得ない点で問題を生ぜしめる。与生者の責任は單に子の扶養のみをもって足るものではなく、真に与生者として親子相愛関係を生起ししなければならない事から、それは今日では最早採用し得ないと考える⁽¹⁰⁾。

三 子の未成熟

与生者の責任負担は子の懐胎によって既に生ずるが、その負担は子が与生者の保護を必要とする期間に限ってなき

れる事で十分であり、且つその目的を達し得るので、子の未成熟である事を要件とする。子の成熟によって、与生者と受生者との関係は相互的となり、そこには最早原則的に保護関係は存しないのである。子が未成熟である時は与生者の責任負担は無条件になされるが、子の成熟によって与生者と受生者間の関係は扶養、相続を中心とする条件的なものとなる。与生者の責任は子の成熟をもって消滅するが、それは子の成熟によって責任が果されたとみるからである。ルソー (Rousseau) は子が未成熟である場合と成熟した場合とに關して次の如く述べている。「あらゆる社会の中でもっとも古く、またただ一つ自然なものは家族という社会である。ところが、子供たちが父親に結びつけられているのは、自分たちを保存するのに父を必要とする間だけである。この必要がなくなるやいなや、この自然の結びつきは解ける。子供たちは父親に服従する義務をまぬがれ、父親は子供たちの世話をする義務をまぬがれて、両者ひとしく、ふたたび独立するようになる。もし、彼らが相変らず結合しているとしても、それはもはや自然ではなく、意思にもとづいてである。だから、家族そのものも約束によってのみ維持されている」⁽¹¹⁾と。このように子の成熟は与生者と受生者とを意思的に結合させる傾向さえ呈するのである。扶養について、子が未成熟である場合には、生活保持義務が認められるに拘らず、子が成熟する事により、生活扶助義務が認められるに至るのもそのあらわれと言える。また、成年の子の認知についても同様である。即ち、その認知には子の承諾を要するが(第七八二条)、これは最早かかる成年の子を保護する必要がなく、与生者の責任が存しないという点にむしろその意義を認め得るのである。⁽¹²⁾

四 与生者の責任負担が可能である事

与生者の責任はすべての与生者に当然認められると言っても、その責任負担が不可能である場合はこれを求め得な

い。従つて、それが可能でなければならない事は言う迄もない。だが、与生者の責任の内容は後述するように種々のものがあるから、それらは必ずしも同一に考える事は出来ない。それぞれの事柄に従つて個別的に判断する事になる。中でも、与生者の能力―意思能力或は行為能力―や資力は特に重要である。親権行使については行為能力が存しなければならず、扶養をなすには資力がなければならぬ。

責任負担が可能でない与生者はそもそも与生者たる資格を有しないのであるが、しかしかかる資格をチェックする事は極めて困難であり、せいぜい婚姻適齡 (*l'âge de la puberté*) についてのみなし得るに過ぎない。だが、婚姻適齡すらも婚外性関係についてはチェックする方法がなく、責任負担能力のない者が与生者としてあらわれる余地は相当あると言わねばならない。

与生者の責任負担が不可能である場合は、その親族がそれに代わつてそれを行うほかないが、最終的には社会、国家がその負担をなす事になる（これは少年保護の問題となるのである⁽¹³⁾）。例えば、扶養義務については与生者たる父母が扶養をなし得ない時は、子の直系血族（例えば祖父母）や兄弟姉妹がそれをなし、これらの者が存しないか、存しても扶養が不可能である時は三親等の親族がこれを行う事になる。それでも扶養をなし得ない時には遂には国が憲法第二五条の理念に基いてその困窮の程度に応じて必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障すると共にその自立を助長するのである（生活保護法第一条、第四条）。また、親権については親権者が親権を行い得ないか或は親権を乱用する場合等には、父母のいずれか一方がそれを行うが、いずれもかかる事情にある場合には後見人が選任される事になる。与生者が未成年者で非嫡出子を生んだ場合には親権代行の制度による（第八三三条）。

(1) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, op. cit., n° 931 (父子関係は子の懐胎迄遡って生ずる)。故に、与生者の責任もその時迄遡って認めるべきである。

(2) 責任の懈怠に対しては損害賠償が問題となる。だが、判決前に子の認知をしなかった父は何らの落度も認められないときれる (M. Planiol et G. Lipert, Traité pratique de droit civil français, t. II, 1962, n° 889)

(3) 中川、前掲論文 (法新38・6) 五頁。

(4) 水木、前掲書、四七九頁。

(5) 神田、前掲論文、一一二頁、片山金章「認知の訴における父子関係の証明」(家族法大系Ⅳ親子所収) 七八頁以下、殊に九二項、和田(于)、前掲書、一九一頁、太田Ⅱ久貴「親子の法律」四九頁。なお、親子の鑑定については、古畑種基「私生子認知事件とABO式血液型」(警察研究第一〇巻第一号) 七一頁以下、同「親子の鑑定(其の一)」(民事研修第一五号) 一一頁以下、同「親子鑑定(其の二)」(前出民事研修第一六号) 参照。

(6) 水戸地常陸太田支判、昭和三八年一〇月三十一日下級民集第一四巻第一〇号二一八七頁。

(7) 片山教授もこれを認められて次の如く言われる。「可能な父に責任を負わせるのは、父をもち得ない子に特に扶養請求権の基礎を与えねばならぬという社会的必要を顧みて、すでに父である可能性が明かである以上は彼らに扶養義務を負わせるべきであり、血縁関係における不確実性を子の負担に帰せしむべきではないからである。つまり、父であることを排除できない可能な父は、この緊急に規範づける必要ある社会的な法律要件に最も近く位置する故に責任を負わされるのであり、したがって彼らの責任は社会的接近に基づく責任 (Haftung aus sozialer Nähe) ということができよう」(前掲論文、九五頁)。

(8) 中川、前掲論文 (私生子法における父の観念)、二二六頁参照。

(9) 中川、前掲論文 (私生子法における父の観念)、二二七頁参照。

(10) 片山教授はこれに賛成される (前掲論文、九六頁)。

(11) ルソー(桑原Ⅱ前川訳)「社会契約論」(岩波文庫) 一六頁。J.-J. Rousseau, Du contrat social ou principes du droit politique, p. 6 et s.

与生者の責任の法理 (二・完)

(12) これは一般には子の養育を必要とする期間認知をしなかったのに、子が生活能力を有する頃になって一方的に認知をして子の義務をあてにする如き不当な結果を避けるためであると説明される(例えば小野Ⅱ末川編「親族・相続法」(ポケット註釈全書)一一七頁)。

(13) 水木、前掲書、四八〇頁。なお、幼少年の保護については憲法第二六条第二項や第二七条第三項に特にその規定があるが、かかる憲法の精神を具体化するものとして、民法、児童福祉法のほか、教育・労働・生活保護等についての法規があり、これらは一つの体系をなして国家的立場から幼少年の保護育成をはかっていると解される(中川衛「少年保護の基礎理論」(児童・青少年法講座Ⅶ少年保護所収)四三頁)。

五 与生者の責任の内容

与生者の責任の内容は厳格には子の懐胎中の場合と子の出生後の場合とに分け得る。いずれの場合にも、父母の間にその内容に差異を生ずべきではないが、⁽¹⁾しかし、それは避けられない。夫婦乃至男女平等の原則から、出来る限りその差異をなくすように努力がなされてきたにも拘らず、なお、その自然的差異を甘受しなければならぬ。子の出生前においては、父は母に対して扶養義務及び懐胎に伴う一切の費用の負担義務があるのに対して、母は子を出産する義務を負うのであって、殊にこの場合は父母の間にその責任に大きな差異がある。子の出生後においても、それはなお存在し、母は哺乳義務を負う点で父とは異なる責任を負担する事になる。かくして、子が幼少である時は、母子関係が父子関係よりも相当密接であるとさえみられる。⁽²⁾だが、子の出生後においてはそれ以外の責任については父母は大体において同様の責任を負うものと言える。⁽³⁾

ここでは特に子の出生後における与生者の責任について述べよう。これは言わば親の義務と言えるものであり、子の保護関係の殆んどを含むのであって（しかし、未成熟の子の保護のすべてを父母にだけまかせてしまっているのではない）、⁽⁴⁾三つに大別し得る。一は与生者が受生者との間の法的親子関係を発生（正確には確定）せしめる義務であり、二は与生者の受生者に対する親権的保護義務であり、三は与生者の受生者に対する親権以外の非親権的保護義務である。⁽⁵⁾これらの各内容の中で、いずれが重要であるかは一概には言えないが、仮にそれが言えるとするならば、その中で上位・下位の問題が存する事になる。⁽⁶⁾だが、責任の内容はどれも重要であり、優劣をつけるべきではないが、その中に手段、結果の關係や本質的意義を持つものとして区別する事はなされる事になる。なお、与生者の責任を広くみれば、第三者に対する關係でも問題となる。殊に、責任無能力者の監督者の責任（第七一四条）が重要であるが、これは与生者に特有のものではないのでここでは省略する。

一 法的父子關係発生義務

事実主義をとらざる限り、かかる義務は与生者の受生者に対する本質的義務であり、与生者の責任中でも原初的なものである。これは与生者の法的責任の一内容であると共に、反面では与生者の責任負担のための基礎乃至縁由を与えるものである。法的親子關係発生義務がかかる二面性を有するのは、それが身分或は身分権の発生に係るからである。与生者の責任を親子關係発生の効果として考えるならば、親子の身分発生前には与生者の責任は問題とならない筈である。しかし、かかる身分発生こそ第一になされるべき与生者の責任であるとみる必要から、親子の身分発生前と雖もその責任を認め得るのである。身分法上は身分を基として身分権や身分義務が生ずるのを常とするので、身分

なくして一定の義務乃至責任を負担する事を認めるのは奇妙にみえるかも知れない。与生者に対して法的親子関係發生義務を一般に認めないのも、ここに大なる原因があるのである。しかし、事実上の身分関係それ自体にある程度の權利義務を認める必要があり、身分形成乃至確認行為は法的身分を有しない者にこそ認めるべきであるから、与生者に法的父子関係發生義務を認めないとするのは妥当ではない。

かかる義務はすべての与生者の責任を引き出す根本的な意味を有すると言っても、この義務が履行されるまでは、実際上は不都合な場合を生ずるので、身分發生前においても扶養等の子に対する生活保持に欠き得ないものについては、与生者の負担を認めざるを得ない事は極めて重要である。だが、それだけでは子の保護のために十分とは言えないので、どうしてもこの法的親子関係發生義務を与生者の責任として認める事が受生者の利益保護に最も資すると考えねばならないのが現状であるが、事実主義の採用により近づくためには、かかる義務を法上無用化する努力をなさねばならないと思う。

この義務は子の出生後において生ずるのではなく、母が子を懐胎した時から既に生ずると言わねばならず、この事は胎児と与生者との関係を認める胎児認知(第七八三条)の制度が存する点からも当然と言えよう。父は胎児に対してさえかかる義務を負う事から、胎児の母は父に対して認知の請求をなし得るのは言う迄もない。⁽⁸⁾だが、認知の遡及効が子の懐胎時ではなく、子の出生時としている事(第七八四条)や胎児認知の効果が子の出生をまって生ずるとしてある事が、法的親子関係發生義務を子の出生後の問題として考えればよいと解し得なくもないが、父の認知は自己の子を懐胎した事を証明するという意味を持つとされる事⁽⁹⁾や子の出生前においても、与生者は相当程度の責任を負うべ

き事が比較法的に認められている事からも、そのように解するのは適當でない。例えば、プロイセン一般州法第一編第一章第一一條はもとより、ドイツ民法第一七一五條第一項は「父は分娩費並びに分娩後最初の六週間の扶養料を母に支払う義務を負う。懐胎または分娩の結果他の費用を必要とする時はこれに生じたる費用をも補償する事を要す。母は実費を考慮せずして補償すべき費用の通常額を請求する事を得⁽¹¹⁾」と定める。スイス民法第三一七條は「訴（父子關係確認の訴）が理由ある時は、裁判所は左に掲げるものに対する賠償を母に支払うべき事を宣告する。一出産費用、二出産の前後少くとも各四週間の扶養料、三懐胎または出産のため必要となったその他の費用⁽¹²⁾」と定める等はいずれも与生者たる父が子の出生前に要した費用の支払義務を認めるのである。また、アメリカの統一私生子法（An Act relating to Children born out of Wedlock and to make Uniform the Law relating thereto）の第一條は「婚姻外に生まれ準正せられざる子（本法に於ては「子」（child）と称する）の父母はその子の必要な監護・教育・扶養の義務を負う。父母は又子の葬儀の費用の責をも負う。父は又母の妊娠、分娩の費用を支払う責を負う。貧困親族の扶養に関する法の下において定められたる父母の子を扶養する義務は、婚姻外に生れたる子に対しても適用せらるべきものとす⁽¹³⁾」と定めて、同じく父に非嫡出子の懐胎に伴う費用の負担を認めている。この統一私生子法は各州において必ずしも受け入れられていないとみられるが、かかる立法の制定意義は認められるべきである。以上の如く子の懐胎に伴う父の費用の負担は母に対してなされるのであるが、それを婚姻關係にない場合に認める事は不法行為によるからでもないのだ、これは父子關係存在の効果として説明しなければならぬ⁽¹⁴⁾。胎児と父との間に父子關係が存在するものとみるからこそかかる費用の負担義務を負わされるのである。胎児は独立の人格を有せずとも、法は胎児に

ついで特別の場合にそれを附与しているものであるから、人格なき事を理由に胎児と父との關係を否定する事は正当ではない。胎児に関する現在の取扱いは、胎児認知の場合の届出が受理後直ちに戸籍に記載されず、出生の届出をまつて出生事項と共に戸籍に記載される事になっている⁽¹⁵⁾。しかし、これでは胎児と父との關係を認める事にはならないので、胎児認知があれば直ちにその届出がなされる必要がある。胎児に対して父は認知義務を負ってその父子關係を発生させねばならない⁽¹⁶⁾。これを怠る父に対しては母が認知の訴を提起し得るものと言わねばならない⁽¹⁷⁾。胎児と雖も出生子と同様に考えるべきであつて、その間に差別を設ける事は胎児保護の見地から妥当ではないのである。

胎児について述べた如く、法的親子關係発生義務は認知義務にはかならない⁽¹⁸⁾。現行の認知制度は必ずしもこの認知義務を認めている訳ではないので、認知制度が嫡出子の父性制度と共に、確かに私生父子關係の輕卒に認定される事を防止する働きを持つとしても、父子關係発生のための作用としては極めて不十分であると言わねばならない⁽¹⁹⁾。認知法は任意認知から強制認知へと移行してきたが、今日は更に強制認知から認知義務へそして認知義務から事実主義へと大きく変わらねばならない。認知制度を如何に改めようとも到底事実主義には及び得ないという事を十分に理解する必要がある。即ち、認知法がその最終の到達点たる認知義務を完全に認めたとしても、事実主義に優り得ないと言わねばならない。この親子關係発生義務は認知制度を存置する限りにおいて認められるのであつて、仮に事実主義を採用するならば、親子關係は子の懷胎⁽²⁰⁾によつて当然発生するのであるから、かかる義務は不必要となるのである。

二 親権的保護義務

法的父子關係の発生により、与生者たる父は受生者たる子の養育に必要なあらゆる行為をなすべき權利義務（權利

性よりも義務性に本質をみる事は既述の如し）を有し、その範囲は限定的ではないので必ずしも明確ではない。それは子の保護関係の全体ではないので、保護関係はこれを親権に属するものとそうでないものとに分けられるのである。⁽²¹⁾親権は与生者の責任の中から主要且つ重要なものを集合化させて制度化したものであって（だが、親権の内容の中には民法のあちこちに散在的に定められているものもあり、親権内容は構成上必ずしも統一的ではない。また、命名権のように民法に規定のないものもある）、与生者を悉く親権者として子の保護義務を負わしたのである。サバチエは「親権は深く且つ正当にわが制度に混入した。それは子の生殖者（procréateur）の権利である。父或は母は子の出生によってその努めを成就しなかった。子供は自分自身一人前の男或は女とならないうちは、その父及び母を欲している。この時においてのみ父及び母の自然の使命（la mission naturelle）が成就する。そして、父母にとっては彼等が生んだ人間を完成すべき使命は人間性についてさえその発展において根本的な役割を持つところの壮嚴な性格を持つているのである」⁽²²⁾と言っている。だが、かかる父母と雖も、親権者としての能力は備えねばならず、既述の如き一定の事由があれば親権行使が出来ないのと言う迄もない（二の註（5）参照）。これは与生者の責任負担が受生者の利益保護の見地から逆に一定の制約を受けている事を物語るものである。与生者の責任負担を単に本能的愛情に任せる事では受生者保護に十分ではないので、かかる親権制度は親権者の能力及び親権行使の状況について、国家的監督を認めてその保護に万全を期せんとしているのである。

親権者は嫡出子と非嫡出子とで大きな差異が存し、前者については原則的に父母共同親権行使が認められるが（第八一八条第一項、第三項）、後者については母が親権者であり、父が認知したときに父母の協議で父を親権者と定め

た場合にのみ父が親権者となるに過ぎない(第八一九条第四項⁽²³⁾)。故に、与生者たる父がその非嫡出子に対して親権の保護義務を行い得るのは、むしろ制限的であり、与生者たる父は例え法的父子関係が発生した場合と雖も、必ずしもその責任を果たし得ない場合もあるのであって、これは与生者に対してその責任負担をなさしめるべきであるとする要請に反し、極めて問題であると言わねばならない。親権を有しない与生者は僅かに非親権の保護義務を負うにとどまるのであって、立法論としてはこの点は大いに検討される必要がある⁽²⁴⁾。

親権の保護はわが民法ではドイツやフランス等の大陸法系の国々と同様に、財産的保護と身上的保護とから成っているが、これを英米の如く親子間の個々の権利義務として分解するのがよい⁽²⁵⁾か、更に身上的保護と財産的保護とはそのまま認めるとしても、後者についてはこれを与生者以外の適当な者にも与えるのがよいか等の親権概念乃至親権制度に関する問題が立法論として存する。親権を個々の権利に分解する場合には、親権の保護と非親権の保護との区別が消滅する訳であるが、これは親権者と非親権者の資格・能力を同一化する事になるか、或は個々の権利義務について資格・能力を考えねばならなくなる事となって妥当性は疑わしい。また、身上的保護と財産的保護を分離して第三者にも財産的保護を認める事については、この両者の性格からその当否を判断する必要がある。身上的保護は子の監護教育を内容とし⁽²⁶⁾(第八二〇条)、それは与生者の愛情的・感情的なものによって行われる必要があるから、これは正に与生者が最もふさわしい訳である。これによって親子の全人格的な共同関係が生みだされ、子の健全な育成が期せられ得る事になる。これに対して、財産的保護は財産管理を内容とし(第八二四条)、合理主義乃至打算によって行われるのであるから、財産管理能力のすぐれた者にそれを行わせるのがむしろ望ましく、必ずしも与生者自身がそれを

なさずともよいと言ひ得る。故に、身上監護と財産管理を分離させる考え方は妥当であると言へ、財産管理は与生者の責任から除かれてもよいと思われる。財産管理権はその行使に対する監督が十分になされ得れば、与生者以外の者がそれを行つても、身上監護権の場合の如く弊害が存しないとみられるので、財産管理権はどちらかと言うと一身專屬的な性格が稀薄であると言えよう。

身上監護権と財産管理権とがかように差異を示すのは、前者が受生者の人格の完成を目的とし、心神及び肉体の健全な發展を志向しているのに対して、後者が受生者の財産の保全を目的とし、行為能力の補充を行つて財産上の利益を志向しているからである。与生者の責任の中でも、かかる財産管理権は与生者の責任に結びつく本性を有するとも限らず、それは一種の法定責任たる性格を有している。ローマ法においては、家子の財産能力が否定されはしたが、家長のなす特有財産管理の許容 (*concessio peculii, administratio p.*) によつて、その管理の権利が認められたのである。⁽²⁷⁾ またゲルマン法においては、子の財産の権利は家長によつて制限され、家産 (*Hausvermögen*) の制度による制約は存したが、子は独立の固有財産を持ち得たのであり、父はこれに対して管理と収益の権利を持つと同時に管理義務を負担したのである。⁽²⁸⁾ このように、近代以前の法制においても、子の財産の権利が多少なりとも認められていた事は、子の財産が与生者の直接の責任となす事を否定している事のあらわれと言える。

三 非親権的保護義務

親権を除いた与生者の責任が非親権的保護義務であつて、これは親権の有無とは無關係に認められる。従つて、親権を有しない与生者も親権を有する与生者も例外なく負担するのである。

(一) 扶養義務

扶養義務の根拠については前述したが、与生者の扶養は子が幼少である場合は勿論、そうでなくとも独立して生活を行い得ない間その生活を可能ならしめるために行われる経済的援助であって、ここでは自己保存本能と種族保存本能と同じ程度のもので考えられるのである。それ程与生者の子に対する扶養義務は強固であり、扶養能力を欠く場合のほかはこれを免れる事は出来ない。扶養制度が私的扶養を第一次的なものとし、公的扶養をこの補充として第二次的なものにする限り、与生者の扶養義務は自己犠牲的精神によるものと考えられる。扶養義務が比較法的に親子関係の存在の事実によって認められている点は、これが元来免れ得ない与生者の責任の最たるものである事を意味すると言える。次に、かかる観点から外国法を概観しよう。

フランスでは判例が認知前の事実上の父母に対して自然義務 (obligation naturelle) により非嫡出子の扶養義務を認めており、⁽²⁹⁾ 乱倫子や姦生子についても一九五五年七月十五日法によって父子関係の存在が宣言されなくとも扶養義務がある。⁽³⁰⁾ ドイツでは非嫡子に対する扶養義務が普通法を踏襲して認められているが、⁽³¹⁾ これは事実主義による事は言う迄もない。イギリスでは当初は非嫡出子の親子関係も生ぜず扶養義務も存しなかったが、パブリック・ポリシーの理由から非嫡出子と親との間に存する自然的結合 (natural tie) を承認して、これにより親に対する扶養義務を認めたのである。⁽³²⁾ 即ち、非嫡出子は幼児の間 (during his tender years) 親によって扶養される道徳的な権利 (moral right) と同様の制定法上の権利を今日主張し得るのである。⁽³³⁾ アメリカでは親子間の扶養義務が救貧法の中に規定されている法域が三〇もある。⁽³⁴⁾ 十九の法域では遺棄或は非扶養法 (desertion or non-support laws) を非嫡出子の親に適用

するが、すべての法域では扶養を行わない親の刑事責任について制定法を持っている。アリゾナやノースダコタでは非嫡出子は嫡出子と同様に扶養・教育を受ける権利及び相続権が認められている。⁽³⁵⁾ 最近の判例は扶養義務を出生の事実に基づく自然の義務であるとしている。フィンランドでは認知を受けない私生子がその父に対して原則的に十七才に達する迄扶養請求権を有する事が私生子法によって認められているのである。⁽³⁷⁾

わが国では、判例が母子関係についてはやと出生主義を認めるに至ったが、父子関係については扶養義務についてすら認めていないと言える。

(二) 非嫡出子を嫡出化させる義務

与生者は子の身分的不利益を除去し、子の利益保護をはかる必要がある。非嫡出子たる不利な身分は、与生者の全くの責に帰すべき事由によって生ぜしめたのであるから、非嫡出子の保護の徹底化により、与生者は非嫡出子の嫡出化義務を負うものと解すべきである。非嫡出子をすべて嫡出子として取扱えば、かかる義務は問題とならないのであるが、これは容易には実現されないであろう。だが、比較法的には、アメリカ⁽³⁸⁾、ノールウェー⁽³⁹⁾、フィンランド⁽⁴⁰⁾等においてかかる傾向があらわれているのであって、これは大いに注目する必要がある。

非嫡出子の嫡出化は、わが民法ではドイツの如き嫡出宣言の制度が存しないので、準正や更には養子縁組によってそれを行わねばならない訳である。故に、与生者の嫡出化義務は準正義務や養子縁組義務としてみる事が出来るであろう。準正義務については認知義務と共に論じた事があるので、⁽⁴¹⁾これについては省略する。

養子縁組義務は準正が不可能である場合等に認められるのであって、これによって子を嫡出化せんとするのであ

る。養子縁組は与生者が自ら養親となる場合と自己以外の第三者を養親とする場合とがあるが、後者は与生者としての責任を回避する結果となるので、かかる養子縁組は前者である事を要すると言えよう。自己の子の養子縁組を認める事については旧法下では問題もあつたが、現在では明文によってこれが認められているのであり（第七九八条）、非嫡出子を嫡出子とするための養子縁組は極めて実益があるので、かかる養子縁組義務が与生者に認められる訳である。この場合の養子縁組は父が養親となる場合と母が養親となる場合とがあり（但し父母が婚姻中でないので父母が養親となる事は出来ない（第七九五条参照）、そのいずれでも子の嫡出化の目的を達し得る点では同様であるが、与生者の責任負担は特に父によってなされる事に大なる意義が存すると考えられるので、父によって養子縁組がなされる事が望ましい。この場合でも、父の正当家族の利益が害される事もあるであろうが、非嫡出子保護のためにはある程度の不利益は己むを得ないと言えなくもない。子が幼少で母の監護を必要とする場合には、父が養親であっても母を監護者とするのがよいのである。だが、自己の子でありながら親子関係を擬制する養子縁組によって嫡出化の目的を達する事は、感情的には問題がないとは言えず、出来る限り養子縁組よりも準正によってそれをなすのが妥当と思われる。

（二）婚姻同意権

婚姻同意は親権には含まれず、親権の有無に拘らず与生者である事から認められる権利である。⁽⁴²⁾子が婚姻をなす程度に成育した場合には、与生者の婚姻同意は必要ではないと言えなくもないが、しかし、未成年の子は経験も浅く生涯を左右する程の重要な配偶者の選択について必ずしも十分なる判断をなし得るとも言えない。そこで、子の監護

的意味から、与生者の婚姻同意権が必要となるのである。勿論、婚姻同意権も権力的色彩はなく、また、与生者受生者間の統体維持の性格もなく、それは子のためにのみ認められる制度であるから、親権の内容に近似し、親権と同じく義務的性質を認める必要がある⁽⁴³⁾。婚姻同意権を子の利益を無視して行使したり、子の利益であるのにそれを拒否したりする場合は、婚姻同意権の乱用となる事は言う迄もない⁽⁴⁴⁾。

婚姻の同意を得ないでなした婚姻は取消も出来ないが（第七四四条第一項参照）、これは父母のいない場合に同意は不要となる事と相まって、子の保護としては極めて不徹底であるとの批判がなされている。立法論としては、婚姻年齢と成年年齢とを一致させて同意の制度を廃するとか、⁽⁴⁵⁾父母の同意が得られない場合には家庭裁判所の許可を得る等の点が考えられるのである⁽⁴⁶⁾。

(四) 相続義務

与生者は子に対して死亡の際にはその財産を相続させる義務があると言わねばならない。直系卑属に対して遺留分制度を認めているのも（第一〇二八条以下）、かかる義務を法的に強制せんとするものである。非嫡出子の財産的利益をはかるにはこの相続義務は扶養義務更には財産管理義務と共に不可欠なものであるが、相続分が非嫡出子は嫡出子の二分の一とされている事は（第九〇〇条第四項但書）、あまりにも非嫡出子を冷遇するものであって極めて問題である。

(五) 損害賠償義務

与生者と雖も子に対して損害を生ぜしめた場合は、その賠償の責任を負わねばならない。損害発生原因は不法行為

や債務不履行であろうが、それらは他人間の場合と全く同様に考えられるべきではなく、親子間は互助義務により多少の犠牲が強いられる事がある。⁽⁴⁷⁾ 与生者の責任としての損害賠償義務はむしろその責任懈怠の場合が本質的なものであり、それは子の受けた財産上、精神上の全損害の賠償を含む事は言う迄もない。

- (1) サバチエは「両親の各々は子供に対して共同して持っている責任の前には平等である。故に、この責任から逃避する事は人間にとっては最早出来な」と言っている (R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948, n° 174)。
- (2) 牧野、前掲書、二七九頁。
- (3) 三宅、青山、前掲書、二一四頁。
- (4) 宮川澄「民法学下巻(身分法)」三四三頁。
- (5) 中川博士は「親として子の養育を掌る法律上の地位は、親権と非親権的監護とに分けられると云ってよい」と言われている(「略説身分法学(追補版)」一九三頁)。なお、中野峯夫「親族法講義」一四五頁は親子間の權利義務を哺育監護の面と親族共同体の秩序的面とに分けるのである。
- (6) 広池博士は教戒と扶養とについては、教戒は実の子の精神をつくるものであるから扶養とは異なると言われる(角田、前掲書、三二頁)。これに対して、角田教授は「子への監護も、扶養も、教戒も、みな父母に対する天理の命ずるところであるから、その間に軽重の差別あるべき筈はないと考える」と言われて、責任の内容について上位下位の問題を否定される。
- (7) 青山「認知請求権の放棄」(判例演習「親族相続法」所収)一一一頁。
- (8) 齊藤常三郎「最近の私生子及養子制度を論ず」(法学新報第五一卷第一一號)一八頁。
- (9) H. et L. Mazeaud, et J. Mazeaud, *op. cit.*, n° 936
- (10) 拙稿「前掲論文(国士館法学)」一五六頁註(4)参照。

- (11) 田島Ⅱ近藤「独逸民法（Ⅳ親族法）」（現代外国法典叢書）三八三頁。
- (12) 相原東孝「スイス民法邦訳（四）」（名城法学第八卷第三号）四三頁。
- (13) 青山「アメリカ私生子法の概観（四）」（法学新報第五一卷第一〇号）一五〇頁以下。
- (14) 中川博士は非嫡出子の出産費用その他これに関連して母に付き発生した費用は父の非嫡出子に対する扶養義務の中には含まれないとしながらも、これを夫婦の扶養義務及び婚姻費用負担義務に関する規定を類推して、男女の資力に応じてこれを負担せしむるのがよいとされる（前掲身分法学、一八六一一八七頁）。
- (15) 中川編「注釈民法（22の1）」（木下）二二〇頁。
- (16) これは一般には否定されよう（中川編、同書、二二〇頁）。
- (17) 判例もこれを否定する（前掲地判、裁判年月日不明、新聞第一八六号、東京地判、大正二年四月一日評論第二卷民一七九頁）。
- (18) 拙稿、前掲論文（国士館法学）、一五二頁以下参照。
- (19) 中川編「注釈親族法（上）」（外岡）二九二頁。
- (20) 木下教授は「国家による経済的救済方法が期待できない現状では、やはりその父母の責任においての非嫡出子の保護がもっと考えられてよいであろう。したがって非嫡出子の地位がどうであるかはもとより重要ではあるが、それにもまして非嫡出子の父母をもっと容易に確定しうる道を聞くことがより重要であろう」と言われる（「嫡出でない子の地位」（前出家族法大系親子所収）一一九—一二〇頁）。
- (21) 親権は親たる身分に基づいて発生し、親族たる身分に基づいて父母が有する権利は親権ではない（森本富士雄「親族法要論」一二四頁）。
- (22) R. Savatier, op. cit., n° 174
- (23) これは「父母が夫婦関係にない場合は、事実上子の養育監護を両者の共同に委ねることが一般の場合効果的でないと考えられたからであって、他意はない」と言える（飯島要「親権を行う父母について」（東京学芸大学研究報告第四集）一一

与生者の責任の法理（二・完）

頁。

- (24) 飯島、同論文、一一頁。なお、民法改正要綱案には、離婚や認知の場合の親権について三案あるが、その中の一つに「身上監護に関する権利義務と、財産管理に関する権利義務とを審判（協議又は審判）で父母に分属させることを可能とすべきか」（第四一四）とするのがある。これは一種の妥協的案と言えるのであるが、これは親権を父母双方に認めんとする考えによるものと思われる。

- (25) 田中和夫「英米における子の監護者の指定」（一橋大学創立八〇周年記念論文集下巻所収）二六六頁参照。親は原則として子の財産に関係を有しないのであり、親の義務としては保護（protection）、扶養（maintenance）及び教育（education）があり、親の権限としては監護（custody）、監督及び懲戒（control and chastisement）等がある。

- (26) 子の監護は親権中最も重要なものであるが、これは親権者が事実上私力を以て子の安全を図る場合と法律上公力をかりて子の安全を図る場合とを含むのである（阪本、前掲書、二二二頁）。

- (27) 船田亨二「ローマ法（第四巻）」一五〇頁。

- (28) 末川博「親権の進化」（民法における特殊問題の研究第一巻所収）三三四頁。

- (29) 木村健助「フランスにおける扶養義務」（比較法研究第八号）三三三頁。

- (30) H. et I. Mazeaud, et J. Mazeaud, op. cit., n° 963

- (31) 太田武男「ドイツ法における扶養義務」（前出比較法研究第八号）四四頁。

- (32) W.P. Eversley, Law of Domestic Relations, 6th ed., 1951, p. 316

- (33) W.P. Eversley, op. cit., p. 418

- (34) C.G. Vernier, American Family Laws, Vol. IV parent and child, S. 234

- (35) 青山「アメリカ私生子法の概観」（法学新報第五一卷第七号）一五四頁。

- (36) 尾高都茂子「アメリカ法における扶養義務」（前出比較法研究第八号）二八頁。

- (37) 堀内節「フィンランドの私生子法」（法学新報第四三巻第一号）一〇三頁。

(38) 拙稿、前掲論文(国士館法学)一六〇頁参照。

(39) ノールウエーの私生子法は私生子と父との父子關係が確定した場合には、子が嫡出子としての地位を享有し得るとする(堀内「ノールウエーの私生子法」(法学新報第四卷第五号)一二〇頁)。

(40) フィンランドの私生子法でも、子は認知されると母や後見人の承諾を得て父の姓を称する事が出来、父の生活状態に相応する扶養を受けるほか、父の親族に対して嫡出子と同様の相続権を有するのである(堀内、前掲フィンランドの私生子法、一〇三頁)。また、婚約中または婚姻の誓約をなしたる男女の間に出生した子や、両親が子の出生後に婚約した場合においても嫡出子としている(同、一〇二頁)。

(41) 拙稿、前掲論文(国士館法学)、一五六頁以下。

(42) 中川「親族法(上)」一七五頁、谷口「中川「親族法」五三頁、柚木、前掲書、一〇六頁、小出廉二「父母の婚姻同意権」(家族法大系Ⅱ婚姻所収)七一頁。フランスでも同様ではあるが、しかし、解釈上父母を親権と結びつけている(もっとも、両親が存しない時は祖父母が行うのである(第一五〇条)。これに対して、これを親権の内容とみる見解もある(我妻Ⅱ立石、前掲コンメンタール、六〇頁、二五七頁。なお、ドイツの判例、学説もそうである)。

(43) イギリスでも婚姻同意は誠実に(honestly)なされねばならず、親や後見人(我国では後見人に同意権はない)のためになされるべきではない。その取消(retraction)も誠実になされねばならず(我国では取消はない)、気まぐれに(capriciously)なされるならならぬ(W. P. Eversley, op. cit., p. 332)

(44) 福島四郎「父母の婚姻同意権とその乱用」(末川先生古稀記念「権利の乱用下」所収)一二頁以下参照。

(45) 福島「両性の合意と父母の同意と婚姻の届出」(私法学論集上巻所収)二二四頁以下、久貴「父母の婚姻同意」(民商法雑誌第五三巻第三号)三三六頁以下、青山「家族法論」八二頁以下。

(46) 青山、同書、八四頁。

(47) 親子間においては道徳的要請、殊に第七三〇条の精神から、その請求は制約される事があり、訴訟も同様である。なお、子の親に対する告訴については旧刑事訴訟法第二五九条はこれを禁じていたが、現行法にはかかる規定はない。

与生者の責任の法理(二・完)

六 与生者の責任の免除

与生者としての父は子が胎児の時であらうと子が出生した時であらうと子が未成熟である限り原則的にはその責任を免れる事はない。これは与生者の責任が既述の如く無条件、絶対である事による当然の帰結である。また、与生者の責任は一身専属的であるから、与生者自らその責に任じ、これを他の者に転嫁させる事は出来ないのであるが、与生者が例外としてその責任を免れる場合も存し得る。

一 子の死亡

与生者の責任が主として子に対するものである以上当然であるが、その子に直系卑属の存する場合にはその年令等に依じて必ずしも一定ではないとしても、やはり与生者の責任は及ぶものと言わねばならない（現行法は親権の代行、扶養、相続について祖父母の権利義務を認めるが、これらは与生者の責任の拡張された場合である⁽¹⁾）。

子が死亡したとしても、その母に対してその法的身分の程度に応じた責任が存する事は言う迄もない。なお、母が死亡するも、子に対する責任負担は増しこそすれ減する事はない。

二 与生者の死亡

与生者の責任は与生者の死亡によって消滅する事は言う迄もない。これによって、一定の親族関係にある者が与生者に代わって責任を負うという事はない。ただ、扶養義務については、第八七七条の規定によって、直系血族及び兄弟姉妹は当然にその義務を負い（同第一項）、かかる者が存しないか存しても扶養が不可能である場合には、三親等

内の親族がその義務を負うのである（同第二項）。

三 子の成熟

与生者の責任は子の未成熟の間に限られる事から、子の成熟によってその責任が消滅する事は言う迄もない。子が成熟すれば与生者と子との間には保護被保護の關係はなくなり、一親等の血族として互助義務⁽²⁾（第七三〇条）が存する事になる。扶養義務も生活扶助義務へと質的に変わるのであるが、相続關係は依然として存する事は言う迄もない。成熟した子が禁治産或は準禁治産の宣告を受けた場合には各々後見人や保佐人が保護者となるが（第八条、第八四〇—第八四六条、第一条、第八四七条、第八七六条）、かかる保護者は必ずしも与生者であるのではない。また、その子が精神障害者である時は、原則としてその後見人、配偶者、親権者及び扶養義務者が各々この順位に従って保護義務者となり（精神衛生法第二〇条第一項、第二項）、この場合も与生者はこの保護の責任を免れ得るのである。精神薄弱者についてはその保護者は配偶者、親権者、後見人その他の者で精神薄弱者を現に監護するものであって（精神薄弱者福祉法第一六条第一項第一号参照）、この場合にも与生者が保護者となるとは必ずしも言えないのである。以上の各場合に仮に与生者が保護の責任を負うに至っても、それは与生者としての責任ではなく、法上の特別責任である。このようにして、子の成熟によって与生者の責任は消滅し、その結果「親子關係は未成熟な子を親が養育するという親子のあいだの關係であるといえるだろう」⁽⁴⁾とさえみられるのである。

子の成熟とは子の成年到達をいうのであって（親権が子の成年到達によって消滅する事（第八一八条第一項参照）からも理解される）、それは法上は年令によって劃一的に定められる（第三条参照）。その唯一の例外として、わが民

法は婚姻成年の制度を定めている（第七五三条）。しかし、比較法的にみれば、子の成熟乃至成年はこのほか成年宣告（Volljährigkeitserklärung）や親権解除（émancipation）によってなされ得るのであって（下民第三条以下、フ民第四七六条以下）、かかる制度をわが国でも認めるべきか否かは立法論として問題となろう。殊に、すべての子の成熟を成年とみる事については、具体的な場合に即してみると必ずしも妥当とは言えない場合があろう。劃一性による弊害はかかる外国法制を導入する事によって除去するのがよいと思われる。

近時の社会立法の中には、子の成熟を成年とせずに満十八才とするものが多くあらわれている。成年年令の引下げの問題も生じている事からみても、子の成熟は今後二十才以下に引下げられる事が予想される。もしそのようなれば、与生者の責任はそれだけ軽減され、重い責任から幾分でも早く放される事になろう。

四 子の養子縁組

養子縁組はそれによって実親子関係を消滅させる事はないが、だが、それは子の保護関係を第一次的に養親に与えるので、養子縁組が存続している間は与生者は一応その責任を免れる結果となる。従って、「養子制度は実質上多分に親権の放棄を含んで居⁽³⁾」るのであって、これを無制限に認める事は、与生者の責任を免れる事になるので問題とされるべきである。未成年の子の養子縁組は子のためにのみそれが行われる場合に限定する必要があるが、家庭裁判所の許可制度（第七九八条）はこれを目ざしている訳である。もっとも、子の利益保護の見地から、養子縁組をなさしめた方が極めてよいと思われる場合には、与生者の責任負担に拘泥する事がむしろ問題となり得るかも知れない。だが、認知されていない子が他人の養子となっている場合でも、父はその子を認知して法的父子関係を発生せしめる義

務は依然負う事は言う迄もない⁽⁶⁾。

養子縁組によって生ずる養親子関係にあつては親権的保護義務にしろ或は非親権的保護義務にしろ与生者の責任の殆んどが実親子関係に優先して認められるが、中でも婚姻同意権(第七三七条)はなお実親にあるとみる見解のある事を看過する事は出来ない。

五 人工授精子の真実の父

人工授精子の真実の父はA・I・Dは勿論、A・I・Hにおいても精液(samen)の提供者であるが、この者と与生者たる父として後日その責任追求をなす事は人工授精子の心情からも、またその家庭の平和維持の点からも、到底認め得ないのである⁽⁷⁾。精液提供者がかかる人工授精子を認知する事も絶対に許されない。人工授精はその子と真の父との関係を一切遮断する事によってのみそれが可能となるのである。かくして、人工授精子の真実の父は与生者でありながら与生者とされる事がなく、当然与生者としての責任も負わない事になる。

六 優生保護法

これは出生子ではなく、それ以前の胎児についてであるが、例えば胎児と雖もその墮胎は既述の如く刑罰をもって禁じられるのである⁽⁸⁾。しかし、優生保護法は優生上の見地から不良な子孫の出生を防止すると共に、母性の生命健康を保護する事を目的とする事から(第一条)、一定の場合に医師が本人及び配偶者の同意を得て人工妊娠中絶⁽⁹⁾を行う事を認めている(第一四条)。このほかにも、経済的能力からこれ以上の子を生んで育てる事が不可能である場合には、憲法第二五条の精神から断種や妊娠中絶をなす事が違法でないと解されているが、これは己むを得ない例外とみ⁽¹⁰⁾

るべきである。これらの場合は与生者に対して出産の義務を免除したのであって、やはり与生者の責任を免れしめるものと言える。

七 その他

親権或はその一部をなす財産管理権の剝奪、辞任によって与生者の責任の一部分を免れる事が出来る。しかし、これらはその取消（第八三六条）や回復（第八三七条）によって免れた責任を再び負担する場合もある。また、右以外の場合でも一定の親権行使不能の事由がある時は、親権について負担を免れる事は言う迄もない。これらはいずれも正確に言えば責任の消滅ではなく、責任負担の停止であると解すべきであろう。

なお、当事者間で与生者の責任の全部または一部の免除や放棄をなす事は既述の如く認め得ず、これをなしても人倫秩序（公序良俗）に反し無効であると解さねばならない（第九〇条）。

（１） 祖父母の権利義務は今日では極めて制限的にしか認められていないので、法的意義はあまりないかも知れないが、祖父母がある程度父母の役割を補充的に持っている事は否定出来ない。なお、祖父母の権利義務については中島玉吉「民法釈義卷之四親族篇」六四三頁参照。

（２） 例えば、「父又は母と成年の子との間の財産関係については、特別の制度なく、全く他人間の財産関係に関する一般の規定が適用せられる」如くである（近藤「民法要義」九七九頁）。

（３） 中川「家族主義と改正民法（法律タイムズ第二巻第二号）一九頁以下、牧野英一「民法の改正と家族主義」（法律新報第七四〇号）、同「法律は親孝行を要求しないか」（法律のひろば第三巻第八号）八頁以下等参照。

（４） 宮川、前掲書、三三八頁。

（５） 三宅Ⅱ青山、前掲書、二二二頁。

(6) 他人の嫡出子となっている場合は直ちに認知し得ず戸籍の訂正をしなければならないが(詳しくは田中加藤男「先例戸籍訂正法」一一六―一一七頁等参照)、養子となっている場合には離縁や縁組の取消等によって再び元の状態に復する場合もある事から認知は可能となる。

(7) 小池隆一「人工授精の法的側面」(人工授精の諸問題所収)四五―四六頁参照。もっとも、極めて例外的場合として、子から父子関係を否定する場合に限ってこれを認める余地はあろう(四六頁参照)。

(8) 墮胎罪の保護法益は、生まれる子に対して父母が共同に持つ利益、人口維持に対する国家の利益及び性風俗の頹廢の防止である(団藤編、前掲書(板倉)一八四頁)。

(9) 優生保護法における「人工妊娠中絶」とは、胎児が、母体外にいて、生命を保護することのできない時期に、人工的に、胎児及びその附属物を母体外に排出することをいう(同第一条第二項)。故に、刑法の墮胎罪の墮胎の觀念とは範圍を異にする(団藤編、前掲書、一八五頁)。

(10) 木村亀二「新刑法読本(全訂版)」二二二頁。なお、かかる場合の断種・妊娠中絶を「社会的適応に基づく断種・妊娠中絶」といっているのである。

七 結 語

親子法は与生者に非ざる者と与生者の如くに看過する事は否定しないし、むしろ積極的にかかる場合を認めている場合さえあるとも言ってもよい。例えば、嫡出否認権の消滅、養子縁組、人工授精である。かくして、親子法は真実主義を理想としながらも、必ずしもそれにのみ拘泥するのではなく、かような真実でない関係を認めるのである。この事は与生者の責任をそれ以外の者に転嫁し得るものだという推測を与える事になるかも知れない。しかし、これらは既述の如く与生者の責任の免除をもたらす例外的場合である。近時、戦争や離婚等によって与生者の保護を得られない

くならず子供達の救済が社会、国家によって行われるようになったが、これも与生者に代わる保護機関の存する事を教えるのである。だが、与生者のいる限り且つその与生者が子の養育をなし得る限り、かかる与生者をおしのけて他の者或は機関がその養育をなす事は一般的に言つて将来においてもみる事はないであろう。中川博士の言われるように「世界は未だ当分親より外のよりよき保育者を見出し得ないで居るのだ」⁽¹⁾とみるのが真理にかなっていると思う。勿論、子に対する責任を与生者にのみ認め、社会や国家は全くそれを免れるというのではない。しかし、かかる社会、国家の責任は与生者の責任負担を確実に行わしめ、或は与生者がその責任を負担し得ない場合に補充的にそれを行ふべきものと考ええる。与生者の責任を不問にして、その代わりそれを国家に負担させる如き制度（父に対する認知請求を禁止するソビエトの法制度はこれである）は認め得ない。与生者の責任負担は多くの場合与生者に対して精神的利益を与えるものであり、それはむしろ本能的、愛情的なものでさえある。受生者にとっても与生者による全力を尽した養育をどれ程期待するかは想像にたたくない。与生者と受生者の相愛関係が固く両者を結びつけ子の円満なる発育に寄与するに至るのである。かかる両者の結合は人道主義的見地からも極めて重要である。これは殊に非嫡出子について言えるのであり、非嫡出子に対しては出来る限り与生者たる父母双方の責任を平等に負わしめねばならない。⁽²⁾私生子は宗教的謬見（*erreurs religieuses*）と封建的制度にその起源を持つとされるが、本質的には婚姻制度が私生子の出現乃至存在によって脅かされるところに、私生子の冷遇の理由がある。非嫡出子を父の家族へ完全に組入れる事は、その限りに於いて婚姻制度を否定する事を意味するとさえ言われるのである。⁽³⁾確かに、婚姻及び家族には本能を超越した目的、つまり人類の存続繁殖という超自然的目的が内在していると言う事も可能であろうから、⁽⁴⁾婚姻及び家族

を尊重し保護すべきは当然である訳である。だが、婚姻及び内縁による結合のみを保護し、それによらざる与生者受生者の結合を保護すべきでないとして冷遇する事は疑問と言わねばならない。コリン及びカピンをはじめ多くの学者が自然法上の義務として親が非嫡出子に対して扶養や教育の義務を認めるのも、婚姻外の親子関係乃至親子結合を保護すべき必要性から言い得ると思われる。非嫡出子の父は必ずしも婚姻家族を有するとは言えないが、仮にこれを有するとすれば、婚外父子関係と婚姻家族とが種々の面で相反する事になる。例えば、精神的な繋がりという点では、二重の父子結合乃至相愛関係の存在が必要となるから、財産的負担と同様に婚姻家族の生活関係の安定が害される事になると言えよう。もっとも、かかる懸念も「家族秩序と家族秩序の分化、財産の価値、不動産に対する債権の優越、無能力者制度の機能の喪失が経験され、後見自治の後見から国家的、公的後見の増大、強化の方向に移っている現在、家族法の保護的機能の比重は著るしく減少しているとみななければならないし、家族―近代的家族であったとしても―よりもより強力な公的機関による保護組織が整備されていること自体が要保護者にたいする家族の枠での特殊の保護の必要性を失わしめる⁽⁵⁾」という点からすれば、取り除かれる事になるかも知れない。家族的保護の必要性が減少するとすれば、それだけ与生者の責任が軽減される事になる訳であるが、現実にはそれがどの程度なされるかは問題である⁽⁶⁾と考へる。与生者の私的負担を公的負担に移行させる事によって、与生者の責任を軽くさせる事はある面では都合が良いとしても、それは家庭或は親子関係に対する公的機関の干渉を必要以上にもたらす危険さえ生ずる事にもなるので慎重に検討されねばならない。既に民法親族篇の改正問題が論議され、親子法においては親権を廃止して後見制度に統一すべき旨の意見が有力に主張されたが、これは与生者の責任を与生者以外の者に容易に転嫁し得る

可能性をより認めるものであって、子の保護者は与生者のほかに資格及び能力さえあれば適当な者でよいとする傾向を助長する事になろう。与生者の愛情だけが子の養育を十分ならしめる程の絶対的な力を持つものではない事は勿論であるが、だからと言って与生者の責任を輕視し得る余地を設ける事はよいと言ふ事にはならない。ただ、親権の中でも、財産管理権については与生者以外の適当な者にこれを与える事の方が、子の財産保護の点からも妥当であり、財産管理権者は身上監護権者の如く子と共同生活乃至同居を必要とする事もないので、その監督が簡易且つ十分に行い得る事を条件として、これを認めるのは立法論として妥当であると言えよう。

- (1) 中川「妻妾論」二六六頁。
- (2) A. Esmein, Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, 1911, p. 236
- (3) 島津「私生子」(前出家族問題と家族法)二四八頁。
- (4) 田中耕太郎「家族の社会学の必要について」(ケース研究・調停制度施行三十周年記念特集号)六頁。
- (5) 有地享「家族法秩序における論理構成」(法政研究第三三卷三一六号)四一五頁。
- (6) 中川「親権廃止論」(法律時報第三二卷第一〇号)四頁以下、西村信雄「親権廃止論に賛成する」(同)七五頁以下。